La Lettre du Contentieux

Septembre 2011 - N° 26

Editorial… Les aventures extra-territoriales de la *High Court* anglaise: l'affaire *Masri*

Les tribunaux anglais ne sont pas réputés pour leur timidité en matière d'ordonnances visant des personnes à l'étranger. Ils semblent désormais vouloir prendre également pour cible les biens situés à l'étranger… L'affaire Masri en fournit une illustration.

A l'origine de ce dossier, un contrat d'une page, signé en 1992 entre le groupe *Consolidated Contractors Company* ("CCC") et un homme d'affaires palestinien, Monsieur Munib Masri, relatif à un champ pétrolifère situé au Yémen dont le groupe CCC s'était vu concéder les droits d'exploitation.

A l'arrivée, un litige ayant mobilisé les juridictions anglaises, de la *High Court* jusqu'à la *Supreme Court*[1] en passant par le *Privy Council*, pendant presque cinq années entières, et ayant fait l'objet de plus de trente décisions. A cela il convient d'ajouter des procédures parallèles menées devant de nombreuses autres juridictions telles que les Bermudes, les Îles Caïman, la Grèce, le Kazakhstan, le Liban, le Nigeria, ou encore le Qatar.

Dans une décision rendue le 28 juin dernier, la *Court of Appeal* a pu qualifier l'affaire Masri de cas "*devenu célèbre devant les juridictions anglaises pour les plus mauvaises raisons*". De fait, au-delà de son aspect tentaculaire, l'affaire Masri a été marquée par un certain "zèle extra-territorial" de la part des juges anglais.

La *High Court*, après avoir rendu en 2006 un jugement condamnant le groupe CCC au paiement à Monsieur Masri de la somme de 37,5 millions de dollars US (hors intérêts), a rendu diverses ordonnances visant à assurer l'exécution de ce jugement, dont certaines désignant un *receiver* habilité à collecter les sommes visées par le jugement. Si la désignation d'un *receiver* n'a rien d'inhabituel, les ordonnances de

… /…

[1] Ou *House of Lords*, selon son appellation à l'époque des faits

GLN

Gide Loyrette Nouel

Alger
Tél. +213 (0)21 23 94 94
gln.algiers@gide.com

Bruxelles
Tél. +32 (0)2 231 11 40
gln.brussels@gide.com

Bucarest
Tél. +40 21 223 03 10
gln.bucharest@gide.com

Budapest
Tél. +36 1 411 74 00
gln.budapest@gide.com

Casablanca
Tél. +212 (0)5 22 27 46 28
gln.casablanca@gide.com

Hanoi
Tél. +84 4 3946 2350
gln.hanoi@gide.com

Hô Chi Minh Ville
Tél. +84 8 3823 8599
gln.hcmc@gide.com

Hong Kong
Tél. +852 2536 9110
gln.hongkong@gide.com

Istanbul
Tél. +90 212 385 04 00
gln.istanbul@gide.com

Kiev
Tél. +380 44 206 0980
gln.kyiv@gide.com

Londres
Tél. +44 (0)20 7382 5500
gln.london@gide.com

Moscou
Tél. +7 495 258 31 00
gln.moscow@gide.com

New York
Tél. +1 212 403 6700
gln.newyork@gide.com

Paris
Tél. +33 (0)1 40 75 60 00
info@gide.com

Pékin
Tél. +86 10 6597 4511
gln.beijing@gide.com

Saint-Pétersbourg
Tél. +7 812 303 6900
gln.saintpetersburg@gide.com

Shanghai
Tél. +86 21 5306 8899
gln.shanghai@gide.com

Tunis
Tél. +216 71 891 993
gln.tunis@gide.com

Varsovie
Tél. +48 (0)22 344 00 00
gln.warsaw@gide.com

receivership ("*receivership orders*") rendues en l'espèce ont semblé faire bien peu de cas des principes de courtoisie établis en droit international, ou encore du fait que les biens visés par le *receiver* n'étaient pas situés sur le territoire anglais.

Ainsi les juges de la *High Court* n'ont-ils pas hésité à autoriser le *receiver* à "*recevoir, prendre possession, vendre, gérer ou disposer*" des droits détenus par l'une des entités du groupe CCC dans une concession pétrolière située au Yémen, au nom et pour le compte de celle-ci.

Ils n'ont pas davantage hésité à autoriser le *receiver* à exercer les droits détenus par CCOG, l'une des entités du groupe CCC, au titre d'une convention d'arbitrage, et à initier la procédure devant le tribunal arbitral suisse à l'encontre du cocontractant de CCOG, au nom et pour le compte de cette dernière.

Les choix du tribunal anglais étaient d'autant plus "remarquables" que CCOG était alors sous administration judiciaire au Liban, et que le tribunal libanais avait ordonné aux mandataires de justice de ne pas régler les sommes visées par le jugement anglais…

Il semble que la "saga" Masri se soit récemment achevée par la voie transactionnelle… Reste à savoir si cette affaire a apaisé, ou au contraire aiguisé, l'appétit des tribunaux anglais pour les mesures extra-territoriales…

Nicholas Tse & **Manan Singh**

❖ ❖ ❖

Débat…Abus… de pouvoirs et appréciation du juge pénal *

La notoriété médiatique acquise par le délit d'abus de biens sociaux dans les années 90 a totalement occulté le délit « frère » d'abus de pouvoirs, pourtant adopté dans les mêmes circonstances - les décrets-lois Laval de 1935 - et visant les dirigeants des mêmes sociétés commerciales.

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 19 mai 2011 à l'encontre de l'ancien président de Vinci est peut-être l'occasion d'une pirouette de l'Histoire, puisque dans cette affaire, les faits qui, en première instance, avaient donné lieu à une relaxe sous la qualification d'abus de biens sociaux, ont abouti, en appel, à une reconnaissance de culpabilité et au prononcé de la peine d'amende maximale, après avoir été requalifiés en abus de pouvoirs.

Il est vrai que les circonstances de l'espèce étaient particulières : le président ne s'était pas attribué lui-même la rémunération critiquée mais avait fait changer la composition du comité des rémunérations en charge de cette question, laquelle rémunération avait ensuite été approuvée par le conseil d'administration. Il n'en reste pas moins que cette décision, frappée d'un pourvoi en cassation, pose trois questions de principe sur le sens de l'intervention du juge pénal dans la vie des sociétés.

La première est celle de la légitimité du juge pénal à apprécier la gouvernance des sociétés.

C'est en effet d'abord sous cet angle que la Cour d'appel s'est placée puisque sa critique ne porte pas directement sur le *quantum* de la rémunération (l'usage des biens sociaux), mais sur le processus qui a abouti à cette décision, à savoir les actes préparatoires constitués des travaux du comité des rémunérations puis du vote des administrateurs. C'est donc bien l'appréciation du fonctionnement de cet organe social qui fonde en l'espèce la décision du juge pénal, alors même que les administrateurs ont exercé leur mandat et qu'aucune action judiciaire sur le fonctionnement de celui-ci n'a jamais été engagée devant le juge commercial, juge naturel de la vie des sociétés.

La deuxième question est celle de l'intervention du juge pénal pour apprécier l'adéquation de la rémunération des dirigeants à l'aune non seulement de leur performance propre mais aussi de celle de l'entreprise.

Même si la Cour s'est bien gardée de poser le débat en ces termes, puisqu'elle a condamné sur le fondement de l'abus de pouvoirs et non de l'abus de biens sociaux, c'est bien la question du montant de la rémunération - et de son éventuel caractère excessif - qui est en débat, car jamais des poursuites pour abus de pouvoirs n'auraient été engagées si la rémunération du président n'avait été jugée excessive.

Si la jurisprudence sur l'abus de biens sociaux abonde de situations dans lesquelles des dirigeants se font allouer une rémunération jugée excessive et pénalisante au regard de la situation de l'entreprise, la situation est dans le cas de Vinci radicalement nouvelle : jamais la justice pénale n'avait eu à apprécier la rémunération extraordinaire d'un dirigeant ayant manifestement contribué à la réussite extraordinaire de l'entreprise qu'il a dirigée.

C'est précisément l'illisibilité de ce dernier critère qui bouleverse dans cette affaire la grille de lecture, car aussi démesurée que puisse apparaître la rémunération octroyée, celle-ci n'était en aucune manière de nature à constituer une charge insupportable ou pénalisante pour la société.

La dernière question est celle du sens, en pareille situation, de la sanction pénale.

Si une sanction pénale porte toujours sa part d'opprobre, *a fortiori* quand l'affaire est médiatisée, le montant de l'amende finalement prononcée (375.000 euros) n'en apparaît pas moins totalement décorellé des dizaines de millions d'euros perçus par l'ancien dirigeant et ne peut constituer la sanction pécuniaire d'un comportement jugé fautif, tant son *quantum* apparaît proportionnellement infinitésimal. Ce ratio traduit d'ailleurs l'absence de caractère dissuasif de cette répression, à la différence par exemple de la répression des abus de marché, dont l'amende peut aller jusqu'au décuple des gains réalisés.

Ce contraste est encore plus saisissant si l'on souligne l'absence, dans le procès pénal, de toute demande indemnitaire au titre de l'action civile.

Indépendamment de la décision que rendra la Cour de cassation dans cette affaire, l'arrêt de la Cour de Versailles aura mis en avant simultanément l'abus de pouvoirs et les limites de l'appréciation très - trop ? - subjective du juge pénal sur la vie des sociétés.

A ce titre au moins, l'abus de pouvoirs n'est pas près de détrôner l'abus de biens sociaux.

Bruno Quentin

Cet article a fait l'objet d'une publication dans la Semaine Juridique, édition Générale, 29 août 2011, n°35

❖ ❖ ❖

Législation…Postulation devant les cours d'appel : la voie électronique obligatoire depuis le 1er septembre 2011

La réforme de la procédure d'appel avec représentation en matière civile est une triple réforme.

Une réforme humaine avec la fusion des professions d'avocat et d'avoué au 1er janvier 2012.

Une réforme technique avec les nouvelles règles procédurales et sanctions issues des décrets n°2009-1524 du 9 décembre 2009 et n°2010-1647 du 28 décembre 2010.

Et enfin, une réforme technologique marquée par l'irruption de la communication électronique obligatoire depuis le 1er septembre 2011.

En application de l'article 930-1 du code de procédure civile, l'ensemble des déclarations d'appel et constitutions d'intimé en matière civile doivent être formés uniquement par voie électronique depuis le RPVA (Réseau Privé Virtuel Avocat) et le service "e-barreau".

Cette mesure s'applique aux avoués jusqu'à la fusion au 1er janvier 2012 qui verra la postulation devant la cour d'appel assurée par les avocats.

Dès cette date, les avocats devront à leur tour effectuer par voie électronique les déclarations d'appel et constitutions d'intimé.

L'article 930-1 du code de procédure civile prévoit qu'à "peine d'irrecevabilité relevée d'office", les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique. Les appels doivent être formés via la plateforme "e-barreau" du Conseil national des barreaux.

Toutefois, lorsqu'un acte ne peut être transmis par voie électronique pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit, il est établi sur support papier et remis au greffe.

Notons que le décret n° 2010-1647 du 28 décembre 2010 modifiant la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile précise que dans toutes les hypothèses, y compris si l'irrecevabilité est évidente car l'acte est transmis sous forme papier, le conseiller de la mise en état se prononcera à l'issue d'un débat contradictoire.

Si la déclaration d'appel ne comporte pas toutes les mentions exigées par le système "e-barreau" et toutes celles listées par l'article 901 du code de procédure civile, nous serons en présence d'une double peine potentielle. En effet, le non respect de l'article 930-1 de ce code est sanctionné par l'irrecevabilité et le non-respect de l'article 901 est sanctionné par la nullité.

Cela n'est pas sans importance puisqu'une déclaration d'appel frappée de nullité ne perdra pas son effet interruptif de prescription alors qu'une déclaration d'appel irrecevable perdra cet effet. La jurisprudence devra se prononcer sur ce point.

La notion de cause étrangère, autorisant la remise de l'acte d'appel et de la constitution d'intimé sur support papier, suscite plusieurs questions.

Par cause étrangère on entend tout ce qui n'est pas reprochable à l'auxiliaire de justice qui accomplit l'acte : la panne du système d'échange, une coupure générale de courant ou encore l'attaque d'un hacker entraînant la panne de tout le système informatique d'un cabinet d'avocats.

Il résulte d'une interview donnée le 26 août dernier par Monsieur Luc Ferrand du ministère de la justice[2] que les auxiliaires de justice ont l'obligation de maintenir leur matériel informatique en bon état de marche et qu'en conséquence une panne de leur ordinateur n'est pas une cause étrangère. Là encore, la jurisprudence aura à se prononcer.

Dans l'immédiat cette communication électronique, pensée de manière verticale, ne concerne que les déclarations d'appel et les constitutions d'intimé. Le décret Magendie prévoit que la transmission des autres actes par voie électronique s'imposera à compter d'une date fixée par arrêté et, au plus tard, au 1er janvier 2013.

Harold Herman

❖ ❖ ❖

[2] Sur ce sujet, V. l'interview (http://www.dalloz-actualité.fr/interview/un-coup-d-accelerateur-pour-dematerialisation)

Jurisprudence…The extra-territorial adventures of the English High Court: the *Masri* litigation

The English Courts are not renowned for being shy when making orders affecting persons abroad. And they now appear to be taking aim at property situate abroad…

On 28 July 2006[3], the English High Court held that the Consolidated Contractors Company group of companies ("CCC") was liable to Mr Munib Masri, a Palestinian businessman, having assumed jurisdiction over a one page agreement dating back to 1992 defining CCC's and Mr Masri's contributions to, and interests in, an oil field in Yemen that CCC had been awarded the mining rights for. Notwithstanding the hotly disputed issues of jurisdiction and witness evidence, the Court held that the amount payable to Mr Masri under the agreement was US$ 37.5 million, plus interest.

On 28 June 2011, the Court of Appeal delivered a judgment in this case and referred to it as having "*become a cause célèbre in the English courts for the worst of reasons*". This comes as no surprise, as in the intervening 4 years and 11 months, the matter had been the subject of more than 30 judicial decisions in the English courts alone, including the (then) House of Lords and the Privy Council. If one adds to that the concurrent enforcement proceedings in other jurisdictions such as Bermuda, Cayman, Greece, Kazakhstan, Lebanon, Nigeria and Qatar, and only then does the full picture start to emerge. The sums in dispute by this stage exceeded US$ 75 million.

Why has this case attracted such keen attention from the English courts? On the face of it, the wrath of the English judiciary appears to have been invoked by the unwillingness of the judgment debtor to pay the judgment debt despite having the means to do so. Of particular interest however is the zeal with which the High Court has made new law with some surprising and groundbreaking decisions which affect *foreign* assets and persons, and were designed to ensure that its money judgment in *Masri* was enforced.The English *receivership* jurisdiction may yet put the worldwide *Mareva*[4] in the shade…

In *Masri*, the trial judge, having delivered the judgment in July 2006 holding CCIC & CCOG liable under the 1992 Agreement, then proceeded to make various orders in an effort to enforce and collect the judgment debt, including an order appointing a receiver over foreign assets. While the appointment of a receiver by the Court in such a situation is not remarkable in itself, historically such appointments have concentrated on assets physically located within the territorial jurisdiction of the Court. However, in this case the English Court made an extended receivership order in December 2010[5] which seems to have had little regard to **(1)** the established principles of *comity* under international law, **(2)** the fact that the companies that were the subject of the receivership order were *foreign* companies subject to judicial administration (placed under control and supervision of the court of the jurisdiction of their incorporation); and **(3)** the fact that the asset which the receiver was appointed to manage was not in England, but situated abroad.

In an extra-territorial adventure, the English court ordered that the receiver appointed over one of the companies of the CCC group - CCOG - be authorised to "*receive, take possession of, sell, deal with or otherwise dispose of*" and exercise all rights in the name of and on behalf of CCOG in relation to oil in the ground in Yemen to which CCOG was entitled.

Also, in a further *sortie* which savours of exorbitance, the English Court decided to appropriate the judgment debtor CCOG's contractual rights under an arbitration agreement with a third party, and to purport to give such rights to the receiver to commence arbitration proceedings in the name of CCOG against the third party. By the same order, the English Court effectively gagged CCOG, since it was ordered not to interfere with or otherwise obstruct the arbitration proceedings upon pain of contempt of court and criminal sanction. CCOG, a party to the arbitration agreement and the contract within which that agreement was to be found, was therefore excluded from a Swiss seat arbitration and had no knowledge (or the right to be informed) about the status of the arbitration proceedings, or the actions taken by the receiver in CCOG's name...[6]

This extended English receivership order is remarkable because of its extra-territorial effect abroad, all the more so given that CCOG was then in judicial administration and its officers had been replaced by judicial administrators[7] appointed by and under the direct supervision of the Lebanese Court. The Lebanese Court had ordered the judicial administrators not to pay the judgment debt or in any way act to the detriment of CCOG without its permission, because Mr. Masri had not obtained *exequatur* of his English judgment in Lebanon, the seat of the judgment debtor companies. Regardless of that fact, and in the knowledge of such circumstances, the English Court made the order, and even attached a penal notice personally naming the officers of a foreign court (the judicial administrators) and effectively threatening them with personal liability for contempt of court should they in any way breach the English order.

---

[3] *Masri v CCIC* [2006] EWHC 1931
[4] Cour de cassation, chambre civile 1, 30 juin 2004 , n° de pourvoi: 01-03.248 et 01-15.452
[5] Yet the judgment was only delivered in March 2011 : *Masri v CCIC* [2011] EWHC 409 (Comm)
[6] Interestingly, subsequent orders made by the English Court in 2011 showed that the arbitrators must have rejected the Receiver's claim in arbitration.
[7] *Administrateurs ad hoc.*

Unsurprisingly, the judicial administrators appealed this decision. Toulson LJ in the Court of Appeal[8] concluded that "*the order of the judge is an unjustified interference with the process of the Lebanese courts in relation to the administration of the Lebanese companies and offends against the principle of comity. I would therefore allow the appeal and set aside the receivership order made by the judge*". The other two judges in the Court of Appeal also agreed that receivership order had offended the principles of comity in attempting to bind the judicial administrators appointed by the Lebanese Court (but refrained from setting the whole receivership order aside). The Court of Appeal accepted that the "*ultimate organ of government of CCOG is that court*".

We understand that the *Masri* saga has now settled, and as a result the judicial administrators' appeal to the Supreme Court to have the whole receivwership order set aside on grounds of comity and exorbitance has fallen by the wayside…. What remains to be seen is whether the appetite of the English Court for adventures abroad abates.

Nicholas Tse & **Manan Singh**[9]

❖ ❖ ❖

Conférences, colloques, formations…

- Dans le cadre des "Formations Lextenso" du 4 novembre 2011 consacrées aux "abus de marché et autres manquements", **Jean-Philippe Pons-Henry** interviendra sur le thème suivant: " Commission des sanctions de l'AMF et de l'ACP: dernières évolutions"

❖ ❖ ❖

Publications…

- Sanctions administratives des abus de marché: la procédure encore et toujours...par **Bruno Quentin** et **Emilie Rogey**: Revue Lamy Droit des Affaires, juillet-août 2011, n° 62, p 25
- L'autonomie encadrée du conseiller de la mise en état...par **Harold Herman**: Gazette du Palais, 20 septembre 2011, n° 263, p 18
- Dans les méandres de la nouvelle procédure d'appel avec représentation obligatoire : nouvelles obligations et délais pour conclure...par **Harold Herman**: Gazette du Palais, 13 septembre 2011, n° 256, p 11
- Nouvelle procédure d'appel: rigidité ou autoritarisme ?...par **Harold Herman**: Journal des Sociétés, juillet 2011, n° 89 p 51
- Sanction des manipulations algorithmiques: mode d'emploi...par **Jean-Philippe Pons-Henry**: Bulletin Joly Bourse, octobre 2011, n° 10, p 534

❖ ❖ ❖

Si vous souhaitez recevoir cette newsletter par e-mail ou nous indiquer un changement d'adresse,
merci de nous contacter à l'adresse : litigation@gide.com

[8] *Masri v CCIC* [2011] EWCA Civ 746

[9] Nicholas Tse is partner in charge, and Manan Singh an Associate, of Gide's London based *International Dispute Resolution* team.

Gide Loyrette Nouel
Association d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle
26, cours Albert 1er
75008 Paris - France
Tél. +33 (0)1 40 75 60 00
Fax +33 (0)1 43 59 37 79
E-mail: info@gide.com

Associés contacts

Gilles Duquet ▪ duquet@gide.com
Michel Pitron ▪ pitron@gide.com
Aurélien Boulanger ▪ boulanger@gide.com
Bruno Quentin ▪ quentin@gide.com

Pour plus d'informations :
www.gide.com

GLN
Gide Loyrette Nouel

Vous pouvez également consulter cette Lettre, ainsi que nos autres lettres d'information, sur notre site Internet, rubrique Actualités/Publications.

La lettre d'information du Département Contentieux Pénal et Commercial (la "Lettre d'information") est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. La Lettre d'information est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la Lettre d'information et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations. Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication (privacy@gide.com).